

### An Ethics of Care Approach to the Legal Matter of Custody: Examining the Impact of Care in Determining Custody in Spouse Agreements and Court Decisions

Diba Jafari <sup>1</sup>

Article info	Abstract
<p><b>Original Article</b></p> <p><b>DOI:</b> 10.30470/er.2025.2051544.1405</p> <p><b>Submission History:</b>            Received: 07/08/2025            Revised: 08/10/2025            Accepted: 10/11/2025            Published: 04/04/2026</p> <p><b>Conflict of Interests</b>            The authors declare no conflict of interest.</p> <p><b>Funding/Support</b>            This research has not received any financial support from funding organizations.</p> <p><b>Extraction</b>            This article is not extracted from a thesis.</p>	<p>One of the important matters that is determined during a divorce is custody. This matter is decided either by the agreement of the spouses in a consensual divorce or by the court's decision. Generally, in a consensual divorce, one of the main points of negotiation between the spouses is the custody of the child or children, and it may be used as a pretext for the spouses to agree on other matters. Believe in care theory of ethics in couples can turn this game of loss and profit into a human equation that provides the greatest amount of care for the parties and the child. In making a decision by the judicial authority, given the discretion of the matter and the need to consider the best interests of the child, the ethical approach of the examining judge can have a significant impact on the possible verdict issued. In this article, the impact of the ethics of care on the issue of child custody will be examined through a library review and a descriptive-analytical method.</p> <p><b>Keywords:</b> Care, Care theory of ethics, Custody, Divorce, Principle of the Best Interests of the Child.</p>

---

1. Ph.D in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. [d\\_jafari@sbu.ac.ir](mailto:d_jafari@sbu.ac.ir)

### **Ethics of Care**

While there is no single definition of care that is universally accepted, there is a great deal of consensus about the goals of care; meeting basic needs, developing or maintaining capabilities, or preventing the spread of suffering are among the most important. Ethics of care, as the latest ethical theory that is the product of the thoughts of feminist philosophers such as Gilligan and Noddings. Unlike most ethical theories, it considers feelings and not rational principles as the guiding principle. Care has been defined in various ways, but one of the fundamental aspects of ethics of care is its emphasis on concrete and specific matters. This ethic starts from the specific needs of specific individuals to determine what should be considered as a moral matter.

### **Custody Agreement from the Perspective of the Person's Best Interests**

The choice of divorce and the decision regarding its sequence and consequences are based on the cost-benefit analysis of the couple and bargaining in this regard has been evaluated from the perspective of legal economics analysis. In negotiating an agreement on divorce, the man has the right to divorce and the right to custody after the child is seven years old as two vital elements in this negotiation, and in relation to the woman, he may have the right to dowry, the right to alimony, the right to alimony, and the right to support in this bargaining process. In the Iranian legal system, the process of negotiating between spouses during divorce can be affected by many factors. On the one hand, the right to divorce is considered to be with the man, and the possibility of obtaining a divorce based on the woman's request depends on many factors, and the procedures of the courts in this regard also vary.

### **Determination of Custody by the Judicial Authority**

Except for the agreement of the spouses, custody may be determined by the judicial authority, because on the one hand, custody is a right and an obligation that no one can generally deprive themselves of and on the other hand, custody has been established in order to provide the child with the conditions for physical and mental development, growth, education and upbringing, and the child's best interests will be the priority in assigning it. This is why in the laws of many countries, the court intervenes in the matter of custody as soon as the child's best interests require it.

### **Conclusion**

Divorce, as a severance of the bond between spouses, is not a purely legal matter, but has broad economic, social, psychological and moral dimensions that certainly cannot be viewed as an abstract and isolated matter.

Since the parents themselves have more knowledge than anyone about their abilities and possibilities for raising the child, as well as the specific aspects of the child's life, including their needs,

interests and abilities, they can better decide about the matter, than the court. Of course, this depends on their caring approach, because otherwise, custody may become a pretext for reaching an agreement on financial matters, and thus not provide the greatest care for the child.

## References

- Adshead, Gwen. (2000). Care or custody? Ethical dilemmas in forensic psychiatry. *Journal of medical ethics*. 26. 302-4. 10.1136/jme.26.5.302
- Afshar, Hassan. (1355 SH). *Generalities of Comparative Law*. Tehran: Tehran University, First Edition [in Persian]
- Ahmadizadeh, Hassan. (1400 SH). "Economic Ethics in the Thought of Thomas Aquinas", *Ethical Reflections*, Volume 2, Issue 1, 10-24 [in Persian].
- Ahmadvand, Khalilollah; Aini, Parvin. (1399 SH). A Brief Look at the Factors and Consequences of Consensual Divorce, *Judicial Law Research*. Volume 1, Issue 2, pp. 197-215 [in Persian].
- Alsaad, Abdallah Khalaf, (2021). "Ethical Judgment, Subjective Norms, and Ethical Consumption: The Moderating Role of Moral Certainty", *Journal of Retailing and Consumer Services*, Elsevier, vol. 59 (C).
- Amerinia, Mohammad Baqer; Abbasi, Mahmoud. (1402 SH). Fairness: Moving from a Moral Concept to a Legal Rule with a Look at Its Foundations in the English and Iranian Legal Systems, *Moral Reflections*, Volume 4, Issue 3, pp. 63-85[in Persian].
- Atteneder, Christine and Halla. (2007). Martin Bargaining at Divorce: The Allocation of Custody. No 2544, IZA Discussion Papers from Institute of Labor Economics (IZA) , available at: <https://docs.iza.org/dp2544.pdf>
- Azari, Hajar; Oladi Ghadikalai, Azam (1400 SH). "The Right to Hear the Child's Voice in the Custody Evaluation Institution in the Light of Comparative Studies". *Human Rights Quarterly*, 16(1):173-194, No. 31. [in Persian]
- Batalha, G., da Costa, F., Chai, C., Carneiro, M., Reis Riani, R. and Galvão Basílio, D. (2023). From the Ethics of Care to Dissenting Motherhood in the Actions and Practices of the Justice System: "She Did Not Behave Like a Real Mother." *Beijing Law Review*, 14, 1596-1614. doi: 10.4236/blr.2023.143086.
- Benhabib, Seyla (1992) "Situating the Self: Gender, Community, and Postmodernism" in: *Contemporary Ethics*, New York: Routledge.
- Bigdali, Saeed (1390 SH). Problems and legal gaps of the institution of guardianship in the Iranian legal system, *Jurisprudence and Family Law*, Volume 16, Issue 55, pp. 5-24 [in Persian]
- Dancy, Jonathan. (1992). "Caring about Justice." *Philosophy* 67: 447-66.
- Engster, Daniel. (2011). Care Ethics and Stakeholder Theory. 10.1007/978-90-481-9307-3\_5 .
- Glendon, Mary Ann. (1986). Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law, 60 TUL. L. REV. 1165, 1181
- Graham, Elizabeth E (1997). Turning Points and Commitment in Post-Divorce Relationships, 64 *COMM. Monographs*, pp. 350- 361.
- Habermas, Jurgen. (1990). *Moral Consciousness and Communicative Action*. Trans. Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen. Cambridge: MIT Press.
- Held, Virginia (2006). *The Ethics of Care: Personal, Political, Global*. New York: Oup Usa. Edited by David Copp.
- Hoagland, Sarah. (1991). Some Thoughts about Caring. In: *Feminist Ethics*, ed. Claudia Card. Lawrence: University Press of Kansas, pp. 246-63.

- Karimi, Abbas; Mohseni, Elahe (1393 SH) Obstacles to the Implementation of Custody in Imami Jurisprudence, *Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law*, Year 47, Issue 2, pp. 303-326. [in Persian].
- Katouzian, Naser, (1395 SH), *Family Law*, Vol. 2, Tehran: Publishing Joint Stock Company. [in Persian].
- Kazemi, Zohreh (1393 SH) The Place of Expediency in the Priority of Mother's Custody, *Jurisprudence and Family Law (Nedaye Sadeq)*, Year 19, Issue 61, pp. 5-19. [in Persian]
- Kittay, E. (2015). A Theory of Justice as Fair Terms of Social Life Given Our Inevitable Dependency and Our Inextricable Interdependency. In: D. Engster & M. Hamington (Eds.), *Care ethics and political theory* (pp. 51–71), Oxford University Press.
- Martin, Craig, (1998). Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law. *University of Toronto Faculty of Law Review*, Vol. 56, No. 1, Available at: SRN: <https://ssrn.com/abstract=1030605>
- May, Vanessa (2005). Divorce in Finnish women's life stories: Defining 'moral' behaviour, *Women's Studies International Forum*, 28(6):473-483, <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2005.09.003>.
- Mehri Adriani, Seyed Fatemeh Zahra; Eslami Ardakani, Seyyed Hassan (1401SH), The Scope of Otherness in the Ethics of Care. *Ethical Reflections*, 3(3): 69-89. [in Persian]
- Mercer, Kathryn L. (1997). The Ethics of Judicial Decision-Making Regarding Custody of Minor Children: Looking at the Best Interests of the Child" and the "Primary Caretaker" Standards as Utility Rules 33 *Idaho Law Review* 389 (1997), *Case Legal Studies Research Paper* 1997, Available at: <https://ssrn.com/abstract=4099005>
- Miraf, Milton (1402 SH), *On Care*, translated by Maryam Nasr Esfahani, Third Edition, Tehran: Heman Publications[in Persian]
- Mnookin, Robert H. (1979). Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, *Current Legal Problems*, 32 (1): 65–105, <https://doi.org/10.1093/clp/32.1.65>
- Mohammadi Jozani, Sajjad Awad Pour-Heibat-Lo, Sajjad, (1401SH) Agreements on Custody with Emphasis on Judicial Procedure, *Legal Research*, Volume 21, Issue 50, pp. 405-433[in Persian]
- Moslinejad, Nyusha (1390 SH), Studying the Effect of Will on Custody, *Jurisprudence and Family Law*, Volume 16, Issue 55, pp. 70-90[in Persian]
- Mousavi Lor, Seyed Ali; Niknejad, Javad,(1402 SH) Comparative Study of Child Custody after Divorce in Iranian, English and Canadian Law, *Comparative Research on Islamic and Western Law*, Volume 10, Issue 4, Serial 38, [in Persian]
- Nasr Esfahani, Maryam (1399 SH). *The Feeding of Others*, First Edition, Tehran: Humanities and Cultural Studies Research Institute Publications. [in Persian]
- Noddings, Nel. (1984). *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*. Berkeley: University of California Press.
- Pour Abdollah, Kobra; Safuri Parizi, Mohammad Mahdi (1403 SH) The psychological impact of family structure and family members' participation in resolving the conflict of guardianship and guardianship, *Jurisprudence and Family Law*, Volume 29, Issue 81, pp. 69-94 [in Persian]
- Rezaei, Mohammad (1403 SH), An analysis of the relationship between law and ethics from the perspective of Hart and Dworkin, *Ethical Reflections*, 5(1): 7-30. [in Persian]

- Roshen, Mohammad; Ghasemi, Mojtaba; Farhang, Mohammad Reza (1401SH), Economic analysis of dowry, *Family Studies*, Year 18, Issue 69, pp. 7-21[in Persian]
- Sadeghi Joghdari, Kowsar; Tolai, Ali (1403 SH), Feasibility study of joint custody in the Iranian legal system with a view to the laws of America, England and Malaysia, *Jurisprudential Studies of Women's and Family Rights*, 7th year, issue 13, pp. 146-172[in Persian]
- Sadri, Seyed Mohammad; Arshadi, Mohammad Yar; Badini, Hassan; Abbasi, Samin (1393 SH). Child custody in Iranian jurisprudence and law and its comparison with English law, *Civil Law Knowledge*, 3rd year, issue 1, serial 5, pp. 35-47[in Persian]
- SMART, Carol, NEALE, Bren and WADE, Amanda (2001) *The Changing Experience of Childhood: Families and Divorce*. Cambridge: Polity Press.
- Tronto, Joan. (1993). *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*. New York: Routledge.
- Tronto, Joan. (1996). "Care as a Political Concept." In *Revisioning the Political*, eds. Nancy Hirschmann and Christine Di Stefano.
- WEBB, AMES N. (2007) *Game Theory: Decisions, Interaction and Evolution*, London: Springer, Doi: 10.1007/978-1-84628-636-0
- WEST, Robin (1997) *Caring for Justice*. New York: New York University Press.
- Wilkinson-Ryan, Tess & Deborah Small. (2008). Negotiating Divorce: Gender and the Behavioral Economics of Divorce Bargaining, 26(1) *LAW & INEQ*. 109 Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol26/iss1/3>
- Zimmerman, Jeffrey & Hess, Allen & McGarragh, Nancy & Benjamin, G. & Ally, Glenn & Gollan, Jackie & Kaser-Boyd, Ph.D., Nancy. (2009). Ethical and Professional Considerations in Divorce and Child Custody Cases. *Professional Psychology: Research and Practice*. 40. 539-549. 10.1037/a0017853.



## تأملات اخلاقی

دوره هفتم، شماره اول (پیاپی ۲۵)، بهار ۱۴۰۴، صفحات ۷۵-۹۵

شاپا الکترونیکی: ۲۷۱۷-۱۱۵۹ / شاپا چاپی: ۴۸۱۰-۲۶۷۶

<https://jer.znu.ac.ir>

تأملات اخلاقی

نشریه علمی دانشگاه زنجان

رهیافتی از اخلاق مراقبت برای امر حقوقی حضانت:

بررسی تأثیر پرواداری در تعیین تکلیف حضانت در توافق زوجین و تصمیم دادگاه‌ها

دیبا جعفری<sup>۱</sup>

### چکیده

یکی از امور مهمی که در هنگام طلاق، تعیین تکلیف می‌گردد حضانت است. این مهم یا به موجب توافق زوجین در طلاق توافقی و یا تصمیم دادگاه صورت می‌گیرد. عموماً در طلاق توافقی یکی از محورهای مذاکره زوجین حضانت کودک و یا کودکان بوده و چه بسا به نوعی به عنوان دستاویزی برای توافق بر سایر امور مورد استفاده زوجین قرار می‌گیرد. تخلق به اخلاق مراقبت در زوجین می‌تواند این بازی سود و زیان را به معادله‌ای انسانی که بیشترین میزان مراقبت را برای طرفین و کودک فراهم آورد؛ بدل شود. در اتخاذ تصمیم توسط مرجع قضایی نیز، با توجه به صلاح‌دیدگی بودن موضوع و لزوم لحاظ مصلحت عالیه کودک، رویکرد اخلاقی قاضی رسیدگی‌کننده می‌تواند تأثیر به‌سزایی در حکم احتمالی صادره داشته باشد. در این نوشتار با بررسی کتابخانه‌ای و روش توصیفی-تحلیلی، تأثیر اخلاق مراقبت در موضوع حضانت کودکان از نظر خواهد گذشت.

**واژه‌های کلیدی:** اخلاق مراقبت، اصل مصلحت عالیه کودک، پرواداری، حضانت، طلاق.

### اطلاعات مقاله

DOI:

10.30470/er.2024.2029588.1328

#### مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۱۶

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۷/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۱۹

تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۱/۱۵

#### نقش نویسندگان

روح‌الله چاوشی: ایده‌پرداز اصلی، مسئول مکاتبات، نگارش اولیه و نهایی، انجام اصلاحات مقاله.

محسن جوادی: تحلیل و نقادی، خوانش و تأیید نهایی مقاله.

#### حمایت مالی و تعارض منافع

مقاله حامی مالی و تعارض منافع ندارد.

#### استخراج

این مقاله متخذ از رساله / پایان‌نامه نیست.

## مقدمه

«حضانت» از ریشه «حضم» به معنای پهلو آمده است و گویی با حضانت زیر پهلو فرد گرفته می‌شود (صدری و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۳۶). حضانت در حقوق ایران به مثابه اقتداری که قانون‌گذار برای نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر اعطا نموده است، تعریف گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۱۳۹). بحث‌هایی در خصوص حق و یا حکم بودن حضانت و امکان توافق بر آن صورت گرفته است و نظرات مختلفی در خصوص آن ارائه شده است؛ حق دانستن حضانت، تکلیف دانستن حضانت و حق برای مادر و تکلیف دانستن آن برای پدر در زمره این نظریات است (محمدی جوزانی و عوض پور، ۱۴۰۱، ص ۴۱۴). برخی آن را مصداق حق منسب و لذا غیر قابل اسقاط و واگذاری می‌دانند (پور عبدالله، ۱۴۰۳، ص ۲). ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی بر اینکه حضانت هم حق و هم تکلیف والدین است، تصریح دارد. حسب ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۲/۹/۸ مجمع تشخیص نظام، برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن، اولویت با پدر است.

اگر چه معدودی حضانت را ناظر به صرف نگهداری جسمی کودک دانسته‌اند (صدری و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۳۷)، اما حضانت مشتمل بر نگهداری از طفل با حفظ مصلحت او و اعمال مهربانی، شفقت و تربیت نیکو به نظر می‌رسد (کاظمی، ۱۳۹۳، ص ۱۰). در دوران شیرخوارگی و سالیان اولیه زندگی کودک (تا هفت سالگی)، با عنایت به مراقبت خاصی که از ناحیه مادر متصور است، اولویت حضانت با مادر و پس از آن با پدر است. لکن ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده، غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان را در کلیه تصمیمات دادگاهها و مقامات اجرایی مرعی و الزامی می‌داند و از این روی حضانت یاد شده نه امری محتوم که در نهایت تابع مصلحت کودک است.

موضوع حضانت فرزندان یا از طریق مذاکرات و نهایتاً توافق زوجین در روند طلاق توافقی و یا توسط حکم دادگاه در غیر موارد توافق تعیین تکلیف می‌گردد. ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی زوجین را مکلف به «معاضدت در تشیید مبانی خانوادگی و تربیت اولاد می‌داند»؛ گویا قانون، زوجین را بر همدلی و مراقبت دلالت می‌نماید و آن هنگام که به هر جهت زندگی مشترک فرو می‌پاشد، تعهد مزبور دستکم در خصوص فرزند مشترک پابرجاست؛ تعهدی از جنس اخلاق که قانونگذار نیز بر آن تأکید نموده است. قواعد اخلاقی را مبنایی برای تعدیل نظام خشک حقوق قراردادها دانسته‌اند (عامری نیا و عباسی، ۱۴۰۲، ص ۶۵)، اما تخلق به این اخلاق ابعاد فراوانی دارد که در پژوهش حاضر تلاش شده است در امر حضانت به مثابه پروریدن فرزندان به عنوان مهمترین نقش خانواده‌ها مورد ارزیابی قرار گیرد.

این پژوهش در تلاش است اخلاق مراقبت را نه صرفاً در معادلات ذهنی کنشگر اخلاقی بلکه در بستر حقوق به مثابه قواعد دارای ضمانت اجرای قانونی بررسی نماید. لذا از سویی تلاش بر تدقیق در موضوع حضانت به عنوان امری حقوقی و رویکرد زوجین در چانه‌زنی در این خصوص دارد و از سوی دیگر به حضانت، از منظر اخلاق مراقبت نظر دارد و تفاوت احتمالی که در صورت پرواداری زوجین و در شرایط حضانت رخ خواهد داد، از نظر می‌گذراند.

امر حضانت اگر چه موضوع پژوهش‌های حقوقی و فقهی عدیده‌ای بوده است، لکن تا کنون از منظر اخلاق مراقبت و حقوق به زبان فارسی مورد بررسی مستقل قرار نگرفته است و از این روی پژوهش حاضر بدیع است. بتلها (Batalha) و دیگران (۲۰۲۳) در پژوهشی احکام صادره و جلسات دادگاه در خصوص حضانت و ملاقات در دادگاه خانواده برزیل را با دیدگاهی فمینیستی تحلیل می‌نمایند. زیمرمن (Zimmerman) و دیگران (۲۰۰۹) به ملاحظات اخلاقی و حرفه در طلاق و حضانت از دید روانشناسانه و غیر حقوقی پرداخته‌اند و کلی (Kelly) (۲۰۰۵) در پژوهشی مفهوم‌سازی کودک را از منظر اخلاق مراقبت آزموده و آن را به رویکردهایی نظیر رویکرد حق مدار کودک ترجیح داده است. مرکر (Mercer) (۱۹۹۷) در مقاله‌ای به اخلاق حاکم بر تصمیم قضایی در خصوص حضانت پرداخته و قاعده مصلحت‌عالیه کودک و مراقبت‌کننده اصلی<sup>۱</sup> را رودرروی هم آزموده است.

در پژوهش حاضر علاوه بر اینکه از پژوهش‌های یاد شده بهره برده شد، تلاش شد تا دیدی بینارشته‌ای و تلفیقی با رویکردی بومی و تطبیق با حقوق ایران ارائه گردد. همچنین شرایط حضانت در دو حالت توافق بر طلاق و رسیدگی قضایی به آن در نظر آورده شود. از سویی چانه‌زنی بر طلاق و توابع آن که مشتمل بر حضانت و مسائل مالی می‌باشند در فرض فقدان دغدغه اخلاقی مراقبت از نظر گذرانده شود و از سوی دیگر با افزودن انگاره پرواداری به زوجین، سرنوشت حضانت کودک تصویر شود و در بخش واپسین، رویکرد قضات در اتخاذ تصمیم در خصوص حضانت با لحاظ اخلاق مراقبت شرح شود.

در این راستا در بخش اول، اخلاق مراقبت تبیین می‌گردد. در بخش دوم ذیل عنوان حضانت در طلاق توافقی به امکان توافق بر طلاق آن در نظام حقوقی ایران، موضوع حضانت در فرض چانه‌زنی منفعت‌طلبانه زوجین و حضانت در فرض رویکرد پرواداری آنها می‌پردازیم و در بخش سوم، تأثیر پرواداری قاضی رسیدگی‌کننده به حکم طلاق در تصمیم احتمالی وی در خصوص حضانت مورد بحث قرار می‌گیرد.

## ۱. اخلاق مراقبت

در حالی که تعریف واحدی از مراقبت وجود ندارد که مورد پذیرش جهانی باشد، اما اجماع زیادی در خصوص اهداف مراقبت وجود دارد. برآورده کردن نیازهای اساسی، توسعه و یا حفظ توانایی‌ها یا منع گسترش رنج از مهمترین آنهاست (Engster, 2011, p. 483). اخلاق مراقبت، به مثابه متأخرترین نظریه اخلاقی که محصول تفکرات فیلسوفان فمینیستی چون گیلیگان، نادینگز و هلد و کیتای است، بر خلاف اغلب نظریات اخلاقی، احساس و نه اصول عقلی را چراغ راه می‌انگارد (نصر اصفهانی، ۱۳۹۹، ص ۱۱). مراقبت را به شیوه‌های مختلفی تعریف شده است، اما یکی از وجوه اساسی اخلاق مراقبت، تأکید بر امور ملموس و خاص است. این اخلاق برای تعیین آنچه به عنوان امری اخلاقی باید تلقی شود، از نیازهای خاص افراد خاص آغاز می‌کند (Tronto, 1993, p. 105). مراقبت شامل همه کارهایی دانسته شده است که ما برای حفظ، ادامه و ترمیم «دنای» خود انجام می‌دهیم تا بتوانیم در آن به بهترین نحو ممکن زندگی کنیم. آن جهان شامل بدن ما، خود و محیط ما می‌شود، عناصری که وجود انسان در آن به عنوان یک شبکه پیچیده

و حیاتی در هم تنیده شده است (ibid, p.103).

به تعبیر نادینگز، مراقبت خروج از محوریت خویش به نفع دیگری است. زمانی که دیگری، نیازهای او و نقطه نظراتش را در نظر می‌آوریم (Noddings, 1984, p. 24). با این وصف مراقبت به خودی خود، مستلزم تماس شخصی است و از این روی بسته به افراد و موقعیت‌ها متفاوت است. وی با توجه به بستگی مراقبت به تجربه ذهنی افراد، شرایط را به ندرت به قدر کافی مشابه می‌داند تا بتوان برای آن حکمی کلی صادر نمود (Engster, 2004, p.114) و این همان امر مهمی است که در موضوع حضانت چه در هنگام توافق بر آن و چه در صدور حکم توسط محکمه باید در نظر داشته باشیم؛ شرایطی که با عبارات او شاید "توان آن را به قدر کافی مشابه دانست" و از این روی برای آن حکمی کلی صادر نمود.

اخلاق مراقبت در تلاش برای ارائه نوعی از پارادایم اخلاقی است که تناسب بیشتری با زندگی‌ای داشته باشد که مردم به صورت روزمره تجربه می‌نمایند. از منظر قائلان به این اخلاق، چشم انداز اجتماعی که زندگی مردم در آن گنجانده شده است، به سرعت در حال تغییر است؛ به طوری که تعریف آنچه که یک کنش اخلاقی «درست» را تشکیل می‌دهد، از آنجایی که شدیداً متأثر از شرایط و محیط است، نیاز به درک پیچیده‌تری از محیط‌ها و موقعیت‌های احتمالی دارد. علاوه بر این، ممکن است بیش از یک راه «درست» برای مقابله با یک مشکل و بیش از یک راه حل برای یک معضل اخلاقی وجود داشته باشد. متخصصان اخلاق مراقبت بر اهمیت اجتماعی که متشکل از شبکه گسترده روابط و پیوندها با دیگران است، تأکید می‌نماید امری که نتیجتاً ما را به نگرش عینی به قضایا می‌رساند (Benhabib 1992, p.10).

اگرچه عده‌ای اخلاق مراقبت را صرفاً ناظر بر روابط خصوصی دانسته‌اند (Habermas 1990, pp.179-81)، اما عمدتاً نظریه‌پردازان این اخلاق، قائل به خروج آن از حصار محدود خانه و خانواده هستند. در واقع آنچه به تدریج در حال شکل‌گیری است، بازنمایی‌هایی از اخلاق مراقبت است که تلاش می‌کند با تصدیق عمومی بر امر مفروغ‌عنه و بلامنازع اینکه «مراقبت اساسی‌ترین ارزش اخلاقی است و آگاهانه (نه لزوماً به نحوی غریزی) توسط همه انسانها به اشتراک گذاشته شده است» (Held, 2006, p. 17)، مراقبت را دایره مدار امور شخصی، سیاسی و جهانی نمایند.

انسان برخلاف حیوانات از بدو تولد به مراقبت احتیاج دارد و تصور بقای انسان پس از تولد بدون مراقبت، حتی برای چند روز نیز ممکن نیست (Kittay, 2015, p.286). نادینگز، به عنوان مثال، با تأکید بر اهمیت حیاتی مراقبت در جامعه اظهار می‌دارد که «به عنوان یک عمل می‌دانیم که بدون مراقبت نمی‌توانیم چیز دیگری داشته باشیم، زیرا زندگی به آن نیاز دارد (بدون آن زندگی محکوم به فناست)... و به عنوان یک ارزش، مراقبت نشان دهنده آن چیزی است که در اعمال باید لحاظ گردد.» مراقبت در زمره ویژگی‌هایی است که آن را که برای انسان تلقی شدن انسان ضروری دانسته‌اند (Nussbaum, 1995, pp. 94-95). در واقع از منظر فیلسوفان مراقبت، هویت انسان با شبکه‌ای از روابط گره خورده است (مهری آدریانی و اسلامی، ۱۴۰۱، ص ۷۴).

با این شرح، مراقبت تنها یک نظریه یا نگرش نیست، بلکه تمرینی با ویژگی‌های متمایزی نظیر توجه، مسئولیت‌پذیری، شایستگی و پاسخگویی است که سیاست‌های اجتماعی و قانونی می‌بایست ارائه آن را تسهیل نماید (Tornto, 1993, p. 128). اخلاق

مراقبت دائر مدار حفظ روابطی است که ادامه زندگی را ممکن می‌سازد (West, 1997, p. 8). بر این مبنا مفهوم سازی کودک بر مبنای اخلاق مراقبت، مستلزم در نظر گرفتن ویژگی‌های طبیعی زندگی کودک و ارتباطاتی است که ادامه آن را متصور می‌نماید (Kelly, 2005, p.388).

عده زیادی از طرفداران اخلاق مراقبت به لزوم ورود آن به عرصه سیاست و حقوق سخن گفته‌اند. اگر چه از حیث عملی و شیوه آن چندان نظریه‌پردازی نگردیده است، اما به نظر می‌رسد حقوق خانواده می‌بایست در زمره اولین عرصه‌های حقوق باشد که مراقبت در آن محور می‌گردد. با این تعبیر اگر عمل مراقبت از دیگرانی که به نحوی با آنها مرتبط هستیم، در زندگی اخلاقی ما نقش اساسی داشته باشد، پس ظرفیت ما برای مراقبت باید در مرکز درک ما از عنوان فضایل خصوصی و شخصی، عمومی و قانونی باشد و به طور خاص که باید در محوریت معنای عدالت قضایی جای گیرد (West, 1997, p. 9).

## ۲. توافقی زوجین بر امر حضانت و تأثیر اخلاق مراقبت بر آن

### ۲-۱. امکان توافقی زوجین بر امر حضانت

طلاق توافقی با قانون حمایت از خانواده ۱۳۵۳ پا به نظام حقوقی ایران گذارد. در این نوع طلاق تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش با امضای زوجین تقدیم دادگاه می‌گردد؛ در شرایطی که آن‌ها در خصوص مسائل پیرامونی طلاق اعم از مهریه، نفقه، جهیزیه، حضانت از پیش توافق نموده و صورتجلسه آن را تقدیم دادگاه می‌نمایند (نجاری‌پور و وزیرپور، ۱۳۹۴، ص ۱۶۸). این طلاق از حیث ماهیت فقهی گونه‌ای از طلاق خلع و مبارات شناخته می‌شود (علوی و اشرفی، ۱۳۹۶، ص ۸۰) و در واقع ماهیت جداگانه‌ای به شمار نمی‌رود، کما اینکه دکتر کاتوزیان توافقی طرفین در طلاق را به عنوان مبنای طلاق و اجرای آن مورد استناد قرار داده‌اند و خاطر نشان نموده‌اند که توافقی هیچگاه در ماهیت عمل حقوقی طلاق دخالت ندارد و نباید چنین پنداشت که طلاق به توافقی زوجین در زمره عقود است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۷۳) و به همین جهت است که در فقه امامیه و قانون مدنی طلاق با توافقی پیش بینی نشده است؛ زیرا طلاق ناشی از اراده مرد است و حق و اختیار اوست و رضایت یا عدم رضایت زوجه در آن اثری ندارد و نه در فقه و نه در قانون، طلاق با توافقی متصور نیست.

لذا طلاق توافقی ماهیت علی حده‌ای به شمار نرفته و تنها ناظر به امکان قانونی توافقی طرفین جهت اتخاذ تصمیم در مورد طلاق و تبعات آن است که در آن طرفین با مذاکرات پیشینی و تعیین تکلیف امور مربوط به طلاق با تقدیم دادخواستی مشترک تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش از دادگاه می‌نمایند (احمدوند و عینی، ۲۰۱۹، ص ۲۰۱).

### ۲-۲. توافقی بر حضانت از منظر نفع شخص

در خصوص امکان توافقی بر واگذاری حضانت، حسب حق و یا حکم تلقی نمودن حضانت، نظرات مختلفی ارائه شده است. در فقه نظراتی مبنی بر امکان صرف نظر کردن مادر از حضانت به عنوان مابه ازایی برای طلاق خلع وجود دارد (صدری و دیگران، ۲۰۱۴، ص

۳۷) و ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده نیز تلویحاً توافق بر این امر را پذیرفته است.<sup>۱</sup>

انتخاب طلاق و تصمیم در خصوص توالی و تبعات آن، از صافی هزینه-فایده زوجین می‌گذرد (روشن و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۱۷) و چانه‌زنی در این خصوص از منظر تحلیل اقتصاد حقوق مورد ارزیابی قرار گرفت است.<sup>۲</sup> در مذاکره برای توافق بر طلاق، مرد از حق بر طلاق و حق بر حضانت پس از هفت سالگی کودک به عنوان دو عنصر حیاتی در این مذاکره برخوردار است و در برابر، زن ممکن است از حق بر مهریه، حق بر اجرت المثل، حق بر نحلّه، حق بر نفقه برای رویارویی با وی در این روند چانه زنی بهره‌مند باشد. در نظام حقوقی ایران، فرآیند مذاکره همسران در جریان طلاق متأثر از عوامل عدیده‌ای می‌تواند باشد. از سویی اختیار طلاق با مرد دانسته شده است و امکان اخذ طلاق حرجی به درخواست زن، بسته به عوامل عدیده‌ای بستگی دارد و همچنین رویه دادگاه‌ها در این خصوص نیز متفاوت است. با این شرح در بسیاری از موارد، حکم پیش‌رو در دعوی طلاق به آسانی قابل پیش‌بینی نیست.

از منظر تحلیل اقتصادی زوجین در سایه قانون به مذاکره در خصوص طلاق و توابع آن می‌پردازند که چندین عنصر می‌تواند در تصمیم‌گیری آنها مؤثر باشد: ترجیحات طرفین، امکان چانه زنی فراهم شده ناشی از قانون و پیش‌بینی‌های طرفین از نتیجه احتمالی در دادگاه، نگرش طرفین نسبت به خطر، هزینه‌های مبادله و توانایی طرفین برای تحمل آنها و رفتار استراتژیک (Mnookin & Kornhauser, 1979, p. 966).

در فرآیند مذاکره میان طرفین برای طلاق، عوامل عدیده‌ای دخیل است. از آنجایی که زوجین در پروسه مذاکره برای طلاق در برابر هم قرار می‌گیرند، ویژگی‌های فردی و اخلاقی آنها در روند مذاکره و نتیجه نهایی آن اثرگذار خواهد بود. منش هر یک از زوجین اعم از تساهل، صبر، تهور، کینه‌توزی، نوع‌دوستی و ایضاً شرایط زندگی مشترک آنها حائز اهمیت است. زوجین علی‌الخصوص در شرایطی که دارای فرزند مشترک هستند، معمولاً رویکرد همکارانه‌تری اتخاذ می‌نمایند، از آنجایی که در صورت وجود فرزندان ارتباط با طلاق قطع نشده و به انحای مختلف ادامه دارد (Graham, 1997, p. 361). با این شرح ترجیحات والدین، به‌طور کلی صرفاً با قضاوت‌های منفعت‌طلبانه تعیین نمی‌شود.

زوجین در خلأ و تنها با توجه به شرایط مالی و حضانت با هم چانه زنی نمی‌نمایند. آنها با توجه به قانون و حقوقی که به هر یک از ایشان اعطا شده است و با نظر به شرایطی که در صورت عدم توافق، دادگاه با توجه به قانون پیش روی آنها خواهد گذارد، باهم مذاکره می‌نمایند. از آنجایی که قانون می‌بایست فروض متعددی را در نظر آورد و لذا معمولاً حکم قانون مشتمل بر یک استاندارد کلی است، به نظر می‌رسد کسی بهتر از زوجین در تعیین منصفانه سهم خود از زندگی مشترک نیست (Wilkinson-Ryan & Small, 2008, p. 128).

چنانچه حسب فرض به عنوان مثال در قانون، مادران در خصوص حضانت فرزندان اولویت داشته باشند، در چنین حالتی در صورت عدم توافق خلاف، دادگاه‌ها بر حضانت مادر رأی می‌دهند یا اینکه حسب نص صریح قانون در خصوص اموال دوران زوجیت، سهم

۱ ماده ۴۱: هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسؤول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند.

۲ ر.ک. روشن، محمد؛ قاسمی، مجتبی؛ فرهنگ، محمدرضا. تحلیل اقتصادی مهریه. خانواده پژوهی، سال هجدهم، شماره ۶۹، بهار ۱۴۰۱، صص ۷-۲۱

معینی برای زن تعیین گردیده باشد. در چنین حالتی هیچ یک از طرفین به شرایطی بدتر از شرایطی که اگر به دادگاه مراجعه می نمود با آن مواجه می گردید، رضایت نخواهد داد. یا دست کم در یک برآورد منطقی میزان هزینه های مادی و معنوی را که مراجعه به مرجع قضایی بر او تحمیل می نماید، از مبلغ مورد انتظارش کم خواهد نمود (Martin, 1998, p.135). بنا به مراتب فوق الذکر، قدرت چانه زنی زوجین متفاوت است و حضانت یکی از ارکان توافق بر طلاق میان زوجین. امری که در یک روند چانه زنی صرفاً منفعت طلبانه ممکن است توسط یکی از زوجین به عنوان برگ برنده ای جهت تحمیل منویات خود بر طرف دیگر مورد استفاده قرار گیرد.

با این شرح مسائل مرتبط با طلاق را در دو گزینه خلاصه نموده اند: مسائل مالی و حضانت. در بسیاری از موارد زوجه با صرف نظر کردن از حقوق مالی خویش، حضانت فرزند را به دست می آورد و چه بسا زوج از موضوع حق حضانت پیش بینی شده برای او، برای وادار نمودن زوجه به این امر بهره برداری نماید. علی رغم علم به وابستگی کودک به مادرش و با علم به اینکه مادر شرایط و موقعیت بهتری برای نگهداری فرزند دارد؛ به عنوان مثال با توجه به اینکه کودک بیش از ۷ سال دارد، به این جهت که مادر حاضر نیست از تمامی مهریه اش صرف نظر نماید، وی نیز حاضر به واگذاری حضانت به مادر نمی گردد. از این رو، از منظر برخی<sup>۱</sup> پذیرفته شدن حضانت مشترک در یک نظام حقوقی، والدین بیشتری را قادر می سازد تا با رضایت متقابل طلاق بگیرند (Attender and Halla, 2007, p.38).

## ۲. توافق بر طلاق از منظر اخلاق مراقبت

تحلیل های اقتصادی و به عبارت عامیانه، گروکشی های زوجین در پروسه توافق بر طلاق با اخلاق مراقبت ممکن است رنگی متفاوت بگیرد. آنگونه که در بخش پیشین آمد، ترجیحات والدین، روحیه و خلق و خوی آنها در زمره عواملی است که در مذاکره زوجین و در نهایت، سرنوشت امر حضانت تأثیرگذار است. اینکه زوجین در روند مذاکره برای طلاق تنها به منفعت طلبی خود بیندیشند و یا مراقبت از فرزند و یا حتی همسر را در اندیشه داشته باشند، در مشی آنها تأثیرگذار خواهد بود. چنانچه رویکرد منفعت طلبانه که گاه توأم با کینه توزی است، جای خود را به رویکردی مراقبتی دهد، هر دوی زوجین در روند مذاکره و یا دست یکم یکی از آنان، مراقبت از کودک حاصل زندگی مشترک، مراقبت از طرف مقابل که چه بسا آسیب پذیرتر باشد و همچنین مراقبت از خود را در سر دارد.

در چنین حالتی چه بسا مردی که در رویکرد منفعت طلبانه تلاش داشت تا همسرش را وادار به صرف نظر نمودن از حقوق مالی خویش برای به دست آوردن حضانت فرزند نماید، با دید پروادارانه، به این جهت که از سویی فرزندش وابستگی زیادی به مادر دارد و امکانات و شرایط نگهداری فرزند نزد مادر مطلوب است و از سوی دیگر مادر نیز از جدایی از فرزندش آسیب زیادی می بیند، به واگذاری حضانت فرزند به مادر توافق نماید. چه اینکه به تعبیر میلتن میراف، مهمترین جنبه مراقبت از دیگری کمک به او برای رشد کردن و محقق نمودن خود است. مراقبت به این معنا پادنهاده استفاده از دیگران برای تحقق اهداف خود است (میراف، ۱۴۰۲، ص ۲).

۱. ر.ک. صادقی جندری، کوثر؛ تولایی، علی. «امکان سنجی حضانت مشترک در نظام حقوقی ایران با نگاهی به حقوق آمریکا، انگلستان و مالزی». مطالعات فقهی حقوق زن و خانواده، سال هفتم، شماره سیزدهم، بهار و تابستان ۱۴۰۳، صص ۱۴۶-۱۷۲.

با این شرح پدر مراقب که آغوش مادر را محیط مناسب‌تری برای رشد دل‌بندش می‌داند، ممکن است علی‌رغم اولویت قانونی حضانتش، این مهم را به مادر بسپارد و از آن مهمتر، حضانت فرزند را به ابزاری برای اعمال فشار بر همسر برای صرف‌نظر نمودن از حقوق مالی نماید و البته این امر در مورد مادر پروادار نیز مصداق دارد. چه حسب نظر توماس آکوینی هر انسانی طبیعتاً تمایل به زیست اخلاقی دارد (احمدی زاده، ۱۴۰۰، ص ۲۰).

توافق زوجین در خصوص حضانت می‌بایست با مصلحت طفل همخوان باشد؛ چه اینکه حق و تکلیف والدین در این خصوص با حق کودک برای داشتن فضایی سالم برای رشد و نمو مرتبط است (محمدی جوزانی و عوض پور، ۱۴۰۱، ص ۴۲۱)؛ اما در عمل، چه در نظام حقوقی کشور ما و چه حتی کشورهای دیگر که نظام مالی زوجین و حقوق حاصل از زندگی زناشویی به شیوه دیگری است، زنان به جهت رویکرد پروادارانه یک جانبه‌شان، در مذاکرات طلاق به نوعی مغبون می‌گردند (Wilkinson-Ryan & Small, 2008, 112). در طلاق نیز نظیر سایر موارد مذاکره اگر یکی از طرفین خودخواهانه عمل نمود و طرف دیگر پروادارانه، معمولاً نتیجه برای فرد پروادار به مراتب بدتر از هنگامی خواهد بود که دو طرف صرفاً بر پایه منفعت خویش خودخواهانه مذاکره نمایند (Webb, 2007, p.63). این امر از منظر اقتصاد رفتاری و روانشناسی نیز آزموده شده است.<sup>۱</sup> زنان به جهت خلق و خوی خود در روند مذاکرات یاد شده معمولاً ضعیف‌تر عمل می‌نمایند. از سوی دیگر پرواداری در آنها نهادینه‌تر است. از این روی خروج نتیجه منصفانه از فرآیند مذاکره زوجین، منوط به وجود روحیه پروادارانه در هر دوی طرفین است. نکته شایان توجه اینکه علت عدم طلاق توسط بسیاری از زنان علی‌رغم وجود موجبات آن، مراقبت از فرزندان است (May, 2005, p.481).

### ۳. تعیین تکلیف حضانت توسط مرجع قضایی و تأثیر رویکرد مراقبتی مرجع قضایی در صدور حکم

به جز توافق زوجین، حضانت ممکن است توسط مرجع قضایی تعیین تکلیف گردد. چه اینکه از سویی حضانت حق و تکلیفی است که کسی نمی‌تواند به صورت کلی از خود سلب نماید (کریمی و محسنی، ۱۳۹۳، ص ۳۰۴) و از سوی دیگر حضانت به منظور فراهم آوردن زمینه‌های پرورش جسمی و روحی و رشد و تحصیل و تربیت کودک وضع گردیده است و مصلحت طفل در واگذاری آن در اولویت خواهد بود (بیگدلی، ۱۳۹۰، ص ۵). به همین جهت است که در حقوق بسیاری از کشورها به محض اینکه مصلحت کودک ایجاب نماید، دادگاه در امر حضانت دخالت می‌نماید (صدری و دیگران، ۲۰۱۳، ص ۳۹) و حتی توافق بین والدین در صورتی که در تعارض با مصلحت یاد شده باشد، به حکم مصلحت عالی‌تر کودک کنار گذاشته می‌شود. بنا بر مراتب فوق، انعقاد قرارداد در خصوص حضانت مادامی که به جنبه تکلیفی آن لطمه وارد نشود، معتبر است (مصلی نژاد، ۱۳۹۰، ص ۱۹).

اولویت حضانت مادر در طفل شیرخوار به دلیل بستگی جسمی مفروض است و پس از آن نیز به نظر قانونگذار دست‌کم تا سن خردسالی (۷ سالگی) به نحو پیش فرض ترجیح به بهره‌مندی از دامان پر مهر مادر است (کاظمی، ۱۳۹۳، ص ۱۴). در صورت عدم توافق توسط زوجین و ارجاع موضوع جهت طلاق به محکمه، حکم قانون و سپس رویکرد قاضی رسیدگی کننده در تعیین نتیجه

1. See Tess Wilkinson-Ryan & Deborah Small, Negotiating Divorce: Gender and the Behavioral Economics of Divorce Bargaining, 26(1) LAW & INEQ. 109 (2008).

حضانت تأثیرگذار خواهد بود.

رویکرد نظام‌های حقوقی دنیا در خصوص حضانت از چهار حالت خارج نیست: (۱) ترجیح مادر که یک فرض قوی به نفع مادر ایجاد می‌کند و حضانت را با حق ملاقات پدر به وی واگذار می‌نماید، (۲) ترجیح پدر با حق ملاقات مادر، (۳) بهترین مصلحت کودک و (۴) حضانت مشترک که در موارد اختلافی هر یک از والدین نیمی از زمان مراقبت و کنترل کودک را خواهد داشت. لازم به ذکر است که فرض اولویت پدر یا مادر رفته رفته کمرنگ شده و نیازهای کودک، روابط کودک و حق رشد شخصی کودک محور اتخاذ تصمیم قرار گرفته است (Mercer, 1997, p. 393).

در نظام حقوقی ایران، اولویت حضانت برای پیش و پس از ۷ سال با مادر و پدر تعیین شده است، اما به صورت کلی توافق در خصوص آن برای زوجین میسر تلقی شده است و همچنین مصلحت کودک به عنوان اصلی کلی در اتخاذ تصمیم در این خصوص حکم فرماست. معمولاً در دو حالت ممکن است مقام قضایی در اتخاذ تصمیم در خصوص حضانت وارد عمل شود: (۱) هنگامی که یکی از طرفین، از دادگاه، ابطال توافق صورت گرفته در خصوص آن را درخواست کند و (۲) هنگامی که دادگاه در مقام رسیدگی به دادخواست طلاق و توابع آن بخواهد در امر حضانت اتخاذ تصمیم نماید. شایان توجه است که دادخواست سلب حضانت تا هنگامی که کودک تحت حضانت است، ممکن است به دلیل تعارض با مصلحت عالیه کودک و مواردی نظیر ازدواج زن مطرح گردد.

در واقع تفاوت نظام حقوقی ما با نظام‌هایی که مصلحت کودک را به عنوان معیاری خنثی مناط قرار می‌دهد، این است که با توجه به سن کودک، یکی از والدین را واجد اولویت تلقی می‌کند و در واقع، برای اتخاذ تصمیم برخلاف این فرض قانونی به مصلحت عالیه کودک استناد می‌نماید، در حالی که در فرض اول برای صدور حکم حضانت، اختیارات گسترده‌ای به قاضی برای اعمال صلاحدید خود اعطا می‌کند و به هیچ یک از والدین صرفاً بر اساس جنسیت والدین یا کودک ترجیحی خودکار نمی‌دهد. قاضی به صلاحدید اغلب آزاد است که معیار اخلاقی خود را در حالی که آزمون "بهترین منافع" را تکرار می‌کند، اعمال کند (Mercer, 1997, p. 395).

اعطای اختیار مطلق به قاضی برای احراز بهترین منافع کودک و همچنین خود معیار مصلحت عالیه کودک به عنوان مبنای حضانت، به جهاتی نظیر مبهم بودن آن و گستردگی و بی‌ضابطگی صلاحدید قضات در خصوص آن، مورد انتقادات شدیدی قرار گرفته است؛ حتی اینگونه استدلال گردیده است که «اگر قاضی بهترین نیت را برای رسیدن به نتیجه مطلوب داشته باشد، نیز استاندارد بهترین منافع نمونه بارز بیهودگی تلاش برای دستیابی به عدالت از طریق اعمال صلاحدید یک قاضی یا شخص ثالث دیگر است» (Glendon, 1986, p.1172).

به همین جهت، برخی از نظام‌های حقوقی تمهیداتی برای فراهم آوردن معیارهای عینی در قضاوت در خصوص موضوع حضانت اندیشیده‌اند؛ به عنوان مثال، راهنمای ارزیابی حضانت کودک<sup>۱</sup> در روند طلاق در ایالت میشیگان به عنوان خط مشی قضات در رسیدگی

1. <https://www.courts.michigan.gov/4a7b4e/siteassets/courtadministration/standardsguidelines/foc/custodyguideline.pdf>

به موضوع ارائه گردیده و ابزارهای عینی برای تشخیص بالاترین مصلحت کودک فراهم می‌آورد.<sup>۱</sup> همچنین ویژگی‌هایی برای قضات و وکلای فعال در عرصه حقوق خانواده نظیر همدلی، داشتن هوش عاطفی، قریحه در برقراری ارتباط با کودکان توصیه گردیده است.

استاندارد بهترین منافع کودک، فایده‌گرایی عملی را پیشنهاد می‌کند (Mercer, 1997, p. 392)، اما برخی از فعالان در این زمینه اخلاق مراقبت را به عنوان بهترین رویکرد در این خصوص پیشنهاد نموده‌اند. اخلاق مراقبت با کنار گذاردن معیارهای کلی و انتزاعی، مستلزم درک واقعیت‌های شخصی و اجتماعی با لحاظ همه عوامل اخلاقی درگیر و با در نظر گرفتن نیازهای واقعی آنهاست و البته با توجه به تعدد عوامل دخیل و نیازهای متفاوت در کودکان در هر دوره سنی، پرواداری ممکن است اقتضای بازنگری در شرایط حضانت نماید. این رویکرد مراقبتی از منظر طرفداران آن واجد این ویژگی است که حاوی هیچ پیش فرضی به نفع طرف خاصی نبوده و تنها شرایط خاص کودک را در نظر می‌آورد (Kelly, 2005, p.389). اعمال اخلاق مراقبت در بستر حقوق خانواده، به معنای به کنار گذاردن پیش فرض‌های قانونی و طبیعی و در نظر گرفتن شرایط بافتارمند<sup>۲</sup> با در نظر گرفتن مجموعه شرایط زندگی کودک است و شرایط اقتصادی، اجتماعی، فیزیکی، قانونی را در هر مورد در نظر می‌آورد و فعالیت مراقبت<sup>۳</sup> را محوری می‌پندارد.

به رسمیت شناختن ارتباطات پروادارانه صرفنظر از ارتباط بیولوژی مفروض، حاصل این رویکرد است. واگذاری حضانت به پدر بزرگ و مادر بزرگی که دارای ارتباط عاطفی نزدیکی با کودک و مراقبان اصلی او بوده‌اند، (که البته در حقوق برخی از کشورها واجد سابقه است) از نتایج این رویکرد است.<sup>۴</sup> این مرادده مراقبت با حیات بافتارمند کودک و لحاظ نمودن وضعیت‌ها و شرایطی که زندگی کودک در آن آمیخته است را «اصل واقعیت» نامیده‌اند<sup>۵</sup> (Smart and Neale, 1999, p.192). عینی بودن مراقبت و جدایی آن از اصول انتزاعی نظیر بهترین مصلحت و طبیعت از نتایج این اصل است.

مراقبت به شیوه‌ای که نادینگز آن را «حل مسئله» نام نهاده است تا شرایط و ابعاد و زمینه‌های خاص هر رابطه در آن لحاظ گردد، در امور و قضاوت‌های مربوط به حقوق خانواده، ما را از ایرادات استدلال و نتیجه‌انتزاعی و نامناسب می‌رهاند.<sup>۶</sup> در حقوق خانواده بر مبنای اخلاق مراقبت، «اصل واقعیت» می‌تواند مکملی برای «اصل بهترین منافع کودک» گردد و بر این مبنا اتخاذ تصمیم در خصوص کودک بر شرایط واقعی و ملموس وی تکیه نماید؛ به عنوان مثال بر این تمرکز شود که مراقبت‌کننده اصلی کودک چه کسی بوده است

۱. در راهنمای یاد شده توجه به عوامل ذیل‌الذکر برای اتخاذ تصمیم در خصوص حضانت توصیه گردیده است؛ عشق، محبت و سایر روابط عاطفی موجود بین طرفین درگیر و کودک، ظرفیت و تمایل طرفین برای محبت، محبت و راهنمایی به کودک و ادامه تحصیل و تربیت کودک، ظرفیت و اختیار طرفین برای ارائه غذا، پوشاک، مراقبت‌های پزشکی یا سایر مراقبت‌های اصلاحی که طبق قوانین این ایالت به‌جای مراقبت‌های پزشکی و سایر نیازهای مادی به رسمیت شناخته شده و مجاز است، به کودک ارائه کنند، مدت زمانی که کودک در یک محیط باثبات و رضایت بخش زندگی کرده است و مطلوبیت حفظ تداوم، ماندگاری خانه یا خانه‌های نگهداری موجود یا پیشنهادی به عنوان یک واحد خانوادگی، تناسب اخلاقی طرفین درگیر، سلامت روحی و جسمی طرفین درگیر، سوابق خانه، مدرسه و جامعه کودک، ترجیح معقول کودک، در صورتی که دادگاه کودک را در سن کافی برای ابراز ترجیح می‌داند، تمایل و توانایی هر یک از طرفین برای تسهیل و تشویق رابطه نزدیک و مستمر والد-فرزند بین کودک و والدین دیگر یا کودک و والدین، خشونت خانگی، صرف نظر از اینکه خشونت علیه کودک بوده یا شاهد آن بوده است، هر عامل دیگری که توسط دادگاه مربوط به یک اختلاف خاص در مورد حضانت کودک است

2. Contextual

3. activity of care

4. See: HEINZ v. HEINZ (1945), available at: <https://caselaw.findlaw.com/court/ca-court-of-appeal/1793225.html>

5. principle of actuality

6. <https://www.britannica.com/topic/ethics-of-care>

و اینکه آیا سابقه‌ای از سوء استفاده و یا حتی ترس کودک از احدی از والدین وجود دارد یا خیر (Kelly, 2005, p.391).

این رویکرد منجر به بیشتر شنیدن صدای کودکان نیز می‌گردد، البته عواملی مثل بلوغ و سطح درک کودک با وزنی که دادگاه به نظرات او می‌دهد در ارتباط است. این امر ممکن است اقتضائاتی جهت ارتباطات دادگاه‌ها و نهادهای خدمات اجتماعی مرتبط با خانواده به صورت مستمر و روزانه گردد.

روانشناسان تخصصی و مشاوران دادگاه، نقش مهمی در تعیین بالاترین مصلحت و ایضاً بیشترین میزان مراقبت می‌توانند داشته باشند و دادگاه را در شناسایی بهترین زمینه مراقبت از کودکان یاری دهند. تحصیل این مهم، ممکن است مستلزم بررسی مستمر و رصد بلند مدت کودکان جهت بررسی کیفیت ارتباطات و مراقبت از کودک، نیازهای آموزشی، جسمی و روانی کودک با سنجش عوامل جانبی نظیر تعاملات میان اعضای خانواده، متغیرهای فرهنگی و محیطی، چالش‌ها و قابلیت‌های هر یک از زوجین برای مراقبت باشد. همچنین آموزش‌ها و دستورالعمل‌هایی برای مشاوران دادگاه‌ها در قالب استانداردها و دستورالعمل‌های حرفه‌ای نیاز به آگاهی روان‌شناسان از سوگیری‌های خود و دیگران را در مورد سن، جنسیت، هویت جنسیتی، نژاد، قومیت، منشاء ملی، مذهب، گرایش جنسی، ناتوانی، زبان، فرهنگ و وضعیت اجتماعی و اقتصادی سوگیری‌ها و فقدان بینش شایسته فرهنگی احتمالاً در جمع آوری و تفسیر داده‌ها و در نتیجه ایجاد نظرات و توصیه‌های معتبر دخالت ارائه شده است که راهنمای تهیه گردیده توسط انجمن روانشناسان آمریکا در زمره آنان است.<sup>۱</sup>

با این شرح، قدرت یک سیستم حقوقی نه تنها در توانایی آن برای اجبار و الزام رأی صادره از دادگاه، بلکه در روند رسیدگی، جلسات استماع و جزء جزء دادرسی نهفته است (Batalha et al, 2023, p. 1604)؛ کما اینکه دورکین قائل به ناگزیری قاضی از مراجعه به اصول و ارزش‌هایی است که مبنا و ساخت بنیادین حقوق هستند (رضایی، ۱۴۰۳، ص ۹). در بسیاری از نظام‌های حقوقی شرایط رسیدگی در دادگاه‌های خانواده، مقامات درگیر آن، مشاوران و یاوران دادگاه، می‌توانند الگویی مناسب برای نظام حقوقی ایران به شمار رود. البته ماده ۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، در خصوص مشاوران زن و لزوم اظهار نظر آنان، ویژگی‌های قضات دادگاه‌های خانواده مندرج در ماده ۳ قانون یاد شده از گام‌های به جلو در این خصوص است.

### نتیجه

طلاق به مثابه گسستن پیوند میان زوجین نه امری صرفاً حقوقی، که دارای ابعاد گسترده اقتصادی، اجتماعی، روانشناختی و اخلاقی است که به‌طور مسلم نمی‌توان به عنوان امری انتزاعی و منفرد به آن نگریست و حضانت فرزند حاصل از ازدواج، به همین دلیل، مهمترین امری است که در ذیل طلاق در خصوص آن اتخاذ تصمیم می‌شود.

والدین از آنجایی که خود بیش از هر کس به توانایی‌ها و امکانات خویش برای پرورش کودک و همچنین به ابعاد خاص زندگی کودک اعم از نیازها، دلبستگی‌ها و توانایی‌هایش علم و اطلاع دارند، بهتر از محکمه می‌توانند بهترین شرایط برای کودک را در نظر

1. Guidelines for Child Custody Evaluations in Divorce Proceedings" (American Psychological Association, Available at: <https://www.apa.org/practice/guidelines/child-custody>)

آورند و بدین ترتیب میان خود توافق نمایند که حضانت کودک با کدامیک از آنان باشد؛ البته این امر بستگی به رویکرد پروادارانه آنها دارد؛ چه در غیر این صورت، حضانت ممکن است دستاویزی برای حصول توافق در خصوص امور مالی قرار گیرد و بدین ترتیب بیشترین مراقبت را برای کودک فراهم نیاورد.

عرصه حقوق خانواده را می‌توان مجالی تلقی نمود که به تعبیر دکتر حسن افشار «دیگر عدالت چشم بسته و شمشیر به دست مطرح نیست بلکه صحبت از انصافی است که با چشمانی باز و قلبی پر مهر عمل کند» (افشار، ۱۳۵۵، ص ۸). در صورت قضاوت محکمه در این خصوص نیز نگرش اخلاقی مراقبت به دوران کودکی، رویکردی زمینه‌ای ایجاد می‌کند و شرایط خاص هر کودک و دورانی از زندگی را که در آن است، در تصمیم‌گیری لحاظ می‌نماید. به این ترتیب ممکن است بنا به اصل غایی مصلحت عالیله کودک و با تجویز ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده، ید مبسوطی برای محکمه برای تمهید این مصلحت عالیله در نظر گیرد، پیش‌فرض‌های قانونی را کنار زند و بسته به شرایط، حضانت را به طرف دیگری واگذار نماید. رویکرد مراقبتی می‌تواند منجر به تغییر گفتمان حقوق خانواده گردد. البته که حق کودک، داشتن ارتباط سالم با هر دوی والدین است که عمدتاً در دادرسی‌ها از یاد برده می‌شود و بر اینکه کدامیک از والدین بهتر است، تمرکز می‌گردد. نقش مشاوران دادگاه در برآورد این مراقبت می‌تواند شایان توجه باشد؛ ضمن اینکه مشاوران و روانشناسان می‌توانند به گونه‌ای در این راستا عمل نمایند که کودک نیز در پروسه دادرسی صدایی داشته باشد (Zimmerman, et al, 2009, p.541).

از یاد نباید برد که رسوخ اخلاقی مراقبت در روند آموزش کودکان به نحوی که پرواداری در زن و مرد نهادینه گردد و شیوه اتخاذ تصمیم‌کنندگان اخلاقی در جامعه را متأثر نماید، می‌تواند در آینده جوامع تأثیر گذار باشد.

موضوع مراقبت از منظر میان رشته‌ای معدّ و مستلزم پژوهش‌های فراوانی است. از منظر حقوق خانواده موضوعاتی نظیر تعهد قضات به مثابه اعمال‌کنندگان قانون به پرواداری، تعهد به تقویت مبانی خانوادگی و ارتباط با اخلاق مراقبت، الزام به مراقبت فرزندان از منظر حقوق و اخلاق، امکان تبیین قراردادی چارچوب و مبانی مراقبت در زمره آنان است.

## منابع

- احمدوند، خلیل الله؛ عینی، پروین (۱۳۹۹)، نگاهی کوتاه به عوامل و پیامدهای طلاق توافقی، تحقیقات حقوق قضایی، دوره اول، شماره ۲، صص ۱۹۷-۲۱۵
- احمدی زاده، حسن. (۱۴۰۰)، اخلاق اقتصادی در اندیشه توماس آکویناسی، تأملات اخلاقی، دوره ۲، شماره ۱، ۱۰-۲۴
- افشار، حسن. (۱۳۵۵)، کلیات حقوق تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول
- آذری، هاجر؛ اولادی قادیکلایی، اعظم (۱۴۰۰)، حق شنیدن صدای کودک در نهاد ارزیابی حضانت در پرتو مطالعات تطبیقی، دو فصلنامه حقوق بشر، سال شانزدهم، شماره ۱، شماره پیاپی ۳۱، صص ۱۷۳-۱۹۴
- بیگدلی، سعید. (۱۳۹۰). مشکلات و خلأهای قانونی نهاد حضانت در نظام حقوقی ایران، فقه و حقوق خانواده، دوره ۱۶، شماره ۵۵، صص ۵-۲۴.
- پور عبدالله، کبری؛ صفوری پاریزی، محمد مهدی. (۱۴۰۳). تأثیر روانشناختی ساختار خانواده و مشارکت پذیری اعضای خانواده در حل تعارض ولایت و حضانت، فقه و حقوق خانواده، دوره ۲۹، شماره ۸۱، صص ۶۹-۹۴.
- رضایی، محمد. (۱۴۰۳). «تحلیلی بر رابطه قانون و اخلاق از منظر هارت و دورکین». تأملات اخلاقی، دوره ۵، شماره ۱، پیاپی ۱۷، ۳۰-۷.
- روشن، محمد؛ قاسمی، مجتبی؛ فرهنگ، محمدرضا. (۱۴۰۱). تحلیل اقتصادی مهریه، خانواده پژوهی، سال هجدهم، شماره ۶۹، صص ۷-۲۱.
- صادقی جغداری، کوثر؛ تولایی، علی (۱۴۰۳)، امکان سنجی حضانت مشترک در نظام حقوقی ایران با نگاهی به حقوق آمریکا، انگلستان و مالزی، مطالعات فقهی حقوق زن و خانواده، سال هفتم، شماره سیزدهم، صص ۱۴۶-۱۷۲.
- صدری، سید محمد؛ ارشادی، محمد یار؛ بادینی، حسن؛ عباسی، ثمین (۱۳۹۳). حضانت طفل در فقه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق انگلستان، دانش حقوق مدنی، سال سوم، شماره اول، پیاپی ۵، صص ۳۵-۴۷.
- عامری نیا، محمد باقر؛ عباسی، محمود (۱۴۰۲)، انصاف عبور از مفهوم اخلاقی به قاعده حقوقی با نگاهی به بن مایه های آن در نظام حقوقی انگلیس و ایران، تأملات اخلاقی، دوره ۴، شماره ۳، صص ۶۳-۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۵، حقوق خانواده، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاظمی، زهره (۱۳۹۳) جایگاه مصلحت در اولویت حضانت مادر، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، سال نوزدهم، شماره ۶۱، صص ۵-۱۹.
- کریمی، عباس؛ محسنی، الهه (۱۳۹۳) «موانع اجرای حضانت در فقه امامیه». فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و هفتم، شماره ۲، صص ۳۰۳-۳۲۶.
- محمدی جوزانی، سجاد عوض پور هیبت لو، سجاد، (۱۴۰۱). «توافقات راجع به حضانت با تأکید بر رویه قضایی». پژوهش های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۵۰، صص ۴۰۵-۴۳۳.
- مصلی نژاد، نیوشا. (۱۳۹۰). «بررسی تأثیر اراده در حضانت». فقه و حقوق خانواده، دوره ۱۶، شماره ۵۵، صص ۷۰-۹۰.

- موسوی لر، سید علی؛ نیک نژاد، جواد. (۱۴۰۲). «مطالعه تطبیقی حضانت فرزند پس از طلاق در حقوق ایران، انگلستان و کانادا». پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره دهم، شماره ۴، پیاپی ۳۸.
- مهری آدریانی، سیده فاطمه زهرا؛ اسلامی اردکانی، سید حسن. (۱۴۰۱). «گستره دگر پروایی در اخلاق مراقبت». تأملات اخلاقی، دوره سوم، شماره سوم، پیاپی ۱۱، صص ۶۹-۸۹.
- میراف، میلتن (۱۴۰۲). درباره مراقبت. ترجمه مریم نصر اصفهانی، چاپ سوم، تهران: انتشارات همان.
- نصر اصفهانی، مریم. (۱۳۹۹). «پرواری دیگران». چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- Adshead, Gwen. (2000). Care or Custody? Ethical Dilemmas in Forensic Psychiatry. *Journal of Medical Ethics*. 26. 302-4. 10.1136/jme.26.5.302
- Alsaad, Abdallah Khalaf, (2021). Ethical Judgment, Subjective Norms, And Ethical Consumption: The Moderating Role Of Moral Certainty, *Journal of Retailing and Consumer Services*, Elsevier, vol. 59(C).
- Atteneder, Christine and Halla, (2007), Martin Bargaining at Divorce: The Allocation of Custody No 2544, IZA Discussion Papers from Institute of Labor Economics (IZA) , available at: <https://docs.iza.org/dp2544.pdf>
- Batalha, G., da Costa, F., Chai, C., Carneiro, M., Reis Riani, R. and Galvão Basílio, D. (2023) From the Ethics of Care to Dissenting Motherhood in the Actions and Practices of the Justice System: “She Did Not Behave Like a Real Mother.”. *Beijing Law Review*, 14, 1596-1614. doi: 10.4236/blr.2023.143086.
- Benhabib, Seyla (1992) “Situating the Self: Gender, Community, and Postmodernism” in: *Contemporary Ethics*, New York: Routledge.
- Dancy, Jonathan. (1992). “Caring about Justice.” *Philosophy* 67: 447-66.
- Engster, Daniel. (2011). Care Ethics and Stakeholder Theory. 10.1007/978-90-481-9307-3\_5.
- Glendon, Mary Ann. (1986). Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law, 60 TUL. L. REV. 1165, 1181
- Graham, Elizabeth E (1997). Turning Points and Commitment in Post-Divorce Relationships, 64 *COMM. Monographs*, pp. 350- 361
- Habermas, Jurgen. (1990). Moral Consciousness and Communicative Action. Trans. Christian Lenhardt and Shierry Weber NicholSEN. Cambridge: MIT Press.
- Held, Virginia (2006). The Ethics of Care: Personal, Political, Global. New York: Oup Usa. Edited by David Copp.
- Hoagland, Sarah. (1991). Some Thoughts about Caring. In *Feminist Ethics*, ed. Claudia Card. Lawrence: University Press of Kansas, pp. 246-63.
- Kittay, E. (2015). A theory of justice as fair terms of social life given our inevitable dependency and our inextricable interdependency. In D. Engster & M. Hamington (Eds.), *Care Ethics and Political Theory* (pp. 51-71). Oxford University Press.
- Martin, Craig, (1998). Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law. *University of Toronto Faculty of Law Review*, Vol. 56, No. 1, Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1030605>

- May, Vanessa (2005). Divorce in Finnish women's life stories: Defining 'Moral' Behaviour, *Women's Studies International Forum*, Volume 28, Issue 6, Pages 473-483, ISSN 0277-5395, <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2005.09.003>
- Mercer, Kathryn L. (1997). The Ethics of Judicial Decision-Making Regarding Custody of Minor Children: Looking at the Best Interests of the Child" and the "Primary Caretaker" Standards as Utility Rules 33 Idaho Law Review 389 (1997), Case Legal Studies Research Paper 1997, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4099005>
- Mnookin, Robert H. (1979). Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, *Current Legal Problems*, Volume 32, Issue 1, Pages 65-105, <https://doi.org/10.1093/clp/32.1.65>
- Noddings, Nel. (1984). *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*. Berkeley: University of California Press
- SMART, Carol, NEALE, Bren and WADE, Amanda (2001) *The Changing Experience of Childhood: Families and Divorce*. Cambridge: Polity Press.
- Tronto, Joan. (1993). *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*. New York: Routledge.
- Tronto, Joan. (1996). "Care as a Political Concept." In *Revisioning the Political*, eds. Nancy Hirschmann and Christine Di Stefano.
- WEBB, AMES N. (2007) *Game Theory: Decisions, Interaction and Evolution*, London: Springer, Doi: 10.1007/978-1-84628-636-0
- WEST, Robin (1997) *Caring for Justice*. New York: New York University Press.
- Wilkinson-Ryan, Tess & Deborah Small. (2008). Negotiating Divorce: Gender and the Behavioral Economics of Divorce Bargaining, 26(1) *LAW & INEQ.* 109 Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol26/iss1/3>
- Zimmerman, Jeffrey & Hess, Allen & McGarrah, Nancy & Benjamin, G. & Ally, Glenn & Gollan, Jackie & Kaser-Boyd, Ph.D., Nancy. (2009). Ethical and Professional Considerations in Divorce and Child Custody Cases. *Professional Psychology: Research and Practice*. 40. 539-549. 10.1037/a0017853.